

# Ambtshalve toetsing is toe aan hertoetsing

'Een geur van hoger honing verdreef ons uit de woning'<sup>2</sup>

34

## 1. Inleiding

In hun bijdrage over de beperking van ambtshalve toetsing roepen Jansen en Van der Leek op tot een nieuwe door-denking van het leerstuk van de ambtshalve toetsing van besluiten. Terecht, naar ons oordeel. Een leerstuk dat een forse inbreuk maakt op een centraal uitgangspunt van het procesrecht (geschilbeslechting als primaire taakopdracht voor de bestuursrechter) dient eens in de zo veel tijd fundamenteel te worden doordacht. Daarbij komt dat dit leerstuk door de wetgever in de handen van de rechtspraak is geplaatst. De wetgever heeft daarmee ruimte gelaten voor rechtsontwikkeling.

Ambtshalve beoordeling/toetsing<sup>3</sup> is een leerstuk dat zich bij uitstek leent voor een krachtig debat. Zoals het voorbeeld in de inleiding van Jansen en Van der Leek illustreert, kan ambtshalve toetsing ingrijpende gevolgen hebben. Door toepassing van procesregels (zoals een bezwaartermijn) kunnen overheids machten worden verhinderd verdeelende rechtvaardigheid te brengen (zoals de toekenning van een uitkering). Dat voelt niet goed. In deze discussie bestaat echter het gevaar dat het negatieve sentiment de boven-ton gaat voeren, waarna dat sentiment het zicht ontnemt op de argumenten pro ambtshalve beoordeling/toetsing. In deze reactie willen wij daar primair aandacht voor vragen. Een meer principiële debat over de demarcatielijn tussen wat nu wel en wat niet ambtshalve moet worden getoetst of beoordeeld en wat daar de rechtvaardiging voor is, achten wij noodzakelijk. Met dit artikel beogen wij niet dat principiële debat geheel te omvatten, maar we beogen wel, samen met de bijdrage van Jansen en Van der Leek, een ferme aanzet daartoe te geven.

Natuurlijk is het gemakkelijk kritiek te leveren op verbouwingsplannen van de vertrouwde woning van de ambts-

halve beoordeling/toetsing, zoals Jansen en Van der Leek die voorstellen. Dat doet al snel denken aan een vermoedelijk voor velen bekend type huiselijk tafereel: man of vrouw zegt: 'Schat, zullen we volgend voorjaar eens beginnen met de verbouwing van de erker?' Partner reageert: 'ja, prima, maar daarvoor moeten we ook de waterleiding naar de keuken verleggen, de put van de afvoer verplaatsen, het terras verleggen en voor dat laatste moeten we dan eerst een goede plek voor de camelia hebben.' Soms komt zo'n reactie voort uit oprechte zorg om, bijvoorbeeld, de camelia, soms uit de wens de zaken zó moeilijk voor te stellen dat elke lust om de verbouwing ter hand te nemen verdwijnt. Wij beogen met dit stuk niet de verbouwing van het bouwwerk van de ambtshalve beoordeling/toetsing zo moeilijk voor te stellen dat het dan maar bij het oude moet blijven. Maar de verschillende onderdelen van de constructie hangen wel sterk met elkaar samen en het is niet goed mogelijk maar één onderdeel van dat bouwwerk los aan te pakken.

Puur bezien vanuit het resultaat van het debat, kunnen wij, in ieder geval wat tweepartijgedingen betreft, goed leven met het laten vallen van de ambtshalve controle in (hoger) beroep op de naleving van de bezwaartermijn en de ambtshalve controle in hoger beroep op de naleving van de beroepstermijn in eerste aanleg. Daar is het Jansen en Van der Leek ook vooral om te doen. Maar zoals ook zij zich genoodzaakt zien in te gaan op andere aspecten van ambtshalve beoordeling/toetsing, vragen ook wij ons af hoe deze op zichzelf kleine verbouwing zich verhoudt tot de rest van het bouwwerk.

Dat doen wij door eerst de huidige leer van 'regels van openbare orde' te vergelijken met het voorgestelde criterium 'recht van hogere orde' en nog een andere bepalende factor in te voeren, te weten 'de beginselen van de rechtsstaat' (par. 2). Daarna bespreken we een belangrijk deelcriterium, 'toegang tot de rechter' (par. 3). Dan gaan we over naar de verhouding tussen twee- en meerpartijgedingen (par. 4) en de onderscheiden taken voor rechter in eerste aanleg en appelrechter (par. 5). Ten slotte komen we, na veel kritische reflectie, tot een onzes inziens constructieve eindbeschouwing (par. 6).

Eerst beschouwen we de terminologische kwestie van 'ambtshalve toetsen' en 'ambtshalve beoordelen' nader. Jansen en Van der Leek noemen zowel de ambtshalve activiteit van de eerste-aanlegrechter of hogerberoepsrechter bij de termijnoverschrijding in bezwaar als de ambtshalve activiteit van de hogerberoepsrechter bij de termijnoverschrij-

1 Ymre Schuurmans is als universitair hoofddocent verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. André Verburg is seniorrechter inhoudelijk adviseur van de rechtbank Utrecht.

2 M. Nijhoff, 'Het Lied der dwaze bijen', in: *Nieuwe Gedichten*, Amsterdam: Querido 1962. Hiermee betogen wij niet dat Jansen en Van der Leek met hun voorstel om 'recht van hogere orde' als criterium voor de ambtshalve toetsing te nemen 'dwaze bijen' zijn, zeker niet gelet op het einde van het gedicht (strofe 8), waarin de idealistische bijen het loodje leggen. Want (strofe 6 van het gedicht) 'Niemand kan van nature zijn hartstocht onderbreken' en als je passie ligt bij het bieden van rechtsbescherming, zoals bij Jansen en Van der Leek zichtbaar het geval is, valt het je begrijpelijkerwijs moeilijk om te leven met de soms zeer harde aspecten van de ambtshalve toetsing en beoordeling zoals die nu algemene leer is en dat is een goede motivatie en motivering voor heroverweging van de dogmatiek.

3 Aan het einde van deze paragraaf gaan we nader in op de begrippen ambtshalve beoordeling en toetsing.

ding in eerste aanleg een kwestie van 'toetsing'. Dat loopt niet parallel met de gebruikelijke terminologie op dit punt.<sup>4</sup> De term 'toetsing' verwijst traditioneel naar de vraag of een bestuursbesluit rechtmatig is en niet naar de vraag of een uitspraak van een rechter conform het geldende recht is. Het begrippenpaar 'toetsing' en 'beoordeling' leidt verder tot moeilijke zinsconstructies, want het is gebruikelijk om te spreken over de 'toetsing aan' bepaalde regels en de 'beoordeling of is voldaan aan' bepaalde regels. Om te vermijden dat terminologische kwesties te veel op de voorgrond treden, gebruiken wij hierna daar waar mogelijk de overkoepelende termen 'ambtshalve controle/controleren' en 'ambtshalve handhaving/handhaven'; slechts indien nodig voor de helderheid onderscheiden wij naar ambtshalve toetsing en ambtshalve beoordeling.

## 2. Verschillende criteria: 'openbare orde', 'hogere orde' en 'beginselen van de rechtsstaat'

De geldende leer is dat 'bepalingen van open orde' ambtshalve worden gehandhaafd. Wij onderschrijven het standpunt van Jansen en Van der Leek dat het begrip 'openbare orde' weinig onderscheidend is. Bij studenten roept het overigens ook onvermijdelijk de associatie op dat ambtshalve toetsing en handhaving van de openbare orde (zoals op gemeentelijk niveau door de burgemeester) iets met elkaar van doen hebben. Ingewijde juristen komen daar natuurlijk wel uit, maar dat laat onverlet dat het criterium wel wat preciezer gedefinieerd zou mogen worden. Nu komt dat vaak neer op de formulering dat deze bepalingen zo belangrijk zijn voor het functioneren van de rechtsorde, dat hun gelding moet worden verzekerd, los van de wil en kennis van partijen.<sup>5</sup> Dat leidt al snel tot een redenering die twee keer op hetzelfde neerkomt: wij controleren de naleving van de regels ambtshalve, omdat ze zo belangrijk zijn en omdat zij zo belangrijk zijn, controleren we de naleving van die regels los van de wil en kennis van partijen.<sup>6</sup>

De auteurs doen de suggestie om de term 'bepalingen van openbare orde' te vervangen door 'recht van hogere orde'. Het volgende misverstand bij studenten en niet-ingevoerde bestuursrechtjuristen laat zich dan gemakkelijk raden: het internationale en Europese recht zou door de rechter ambtshalve moeten worden gehandhaafd, want dat is toch zeker van hogere orde(?). Dat lijkt ons een ongelukkige associatie. Bovendien lijkt het verwijt dat het thans gehan-

teerde begrip weinig onderscheidend vermogen heeft, eveneens op te gaan voor het predicaat 'recht van hogere orde'. Er ontbreekt een denkraam aan de hand waarvan wij een onderscheid kunnen maken tussen lager en hoger recht.

Wat dan wel? Jansen en Van der Leek constateren dat de ambtshalve controle doorgaans plaatsvindt om de toegang tot de rechter zeker te stellen. Zij trekken een parallel met het civielrechtelijke criterium 'objectieve rechtsmacht'. Die term verwijst inderdaad naar de kern van de bepalingen die ambtshalve worden gehandhaafd, maar verklaart nog niet waarom we dat doen. De redenen voor de ambtshalve controle moeten naar ons oordeel worden gezocht in de grondbeginselen die een staat tot een rechtsstaat maken.<sup>7</sup> Een staat kan door middel van machtsuitoefening eenzijdig ingrijpen in de rechtspositie van burgers. In een rechtsstaat wordt de grondslag van die statelijke macht in het recht gelegd.<sup>8</sup> Een bestuursorgaan dat de burger rechten afneemt of toekent, kan die bevoegdheid alleen aan de wet ontleen. Het legaliteitsbeginsel zorgt er mede voor dat macht tot gezag wordt, omdat een algemene wettelijke basis willekeurig in overheidshandelen indamt. Machtenscheiding en controle door een rechter zorgen dat een onafhankelijke macht toeziet op de gebondenheid van het bestuur aan het recht. In een democratische rechtsstaat komt daar nog de waarborg bij dat de algemene regel onder 'mandaat' van een democratisch gelegitimeerd orgaan tot stand komt. Omdat legaliteitsbeginsel, machtenscheiding en rechterlijke controle essentiële grondbeginselen van de rechtsstaat vormen, dient de wettelijke bevoegdheidstoedeling aan bestuur en rechter te worden gehandhaafd. En andersom, overheidsorganen die macht uitoefenen zonder dat een wet hen daartoe bevoegd maakt, dienen te worden gecorrigeerd. De bestuursrechter die rechtsprekt in een geschil waarin eigenlijk de civiele rechter bevoegd is, dan wel buiten de termijn die de wet stelt voor het aanhangig maken van het beroep, gaat zijn wettelijke bevoegdheid zonder meer te buiten. Die bepalingen over zijn rechtsmacht behoren in een rechtsstaat ambtshalve te worden gehandhaafd. Of dat ook geldt voor de bepalingen over de bezwaartermijn bespreken we in de volgende paragraaf. Kortom, de wezenlijke grondbeginselen van de rechtsstaat, zoals het legaliteitsbeginsel en de machtenscheiding, vormen volgens ons de werkelijke redenen waarom wij regels voor de bevoegdheidstoedeling aan bestuursorgaan en rechter ambtshalve controleren.

Nemen wij de essentiële grondbeginselen van de rechtsstaat tot uitgangspunt voor ambtshalve toetsing, dan valt op dat de bestuursrechter nogal arbitrair shopt in die rechtsstaat. Ook de bescherming van grondrechten vormt immers een wezenlijk element van de rechtsstaat en deze rechtsregels wordt thans niet ambtshalve gehandhaafd. In

4 M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure* (4<sup>e</sup> druk), Deventer: Kluwer 2011, p. 559 e.v. (hierna: Schreuder-Vlasblom 2011) en D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2008, p. 131 (hierna: Verburg 2008). Die passages gaan alleen over de verhouding eerste-aanlegrechter – bestuursorgaan.

5 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 561; Verburg 2008, p. 128-129; P.A. Willemssen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005, p. 86.

6 Vgl. D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 70 (hierna: Brugman 2010).

7 Vgl. Kooper die het motief voor ambtshalve toetsing voornamelijk zoekt in de bewaking van de staatsrechtelijke grenzen van rechtsbescherming, R. Kooper, 'Wie is er bang voor aanvulling van rechtsgronden?', *NTB* 2000, p. 175.

8 M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat* (7<sup>e</sup> druk), Deventer: Kluwer 2012, p. 41.

literatuur over ambtshalve toetsing staat de handhaving van 'essentiële materiële normen' vaak wel als mogelijkheid genoemd, maar al snel wordt daaraan toegevoegd dat in de praktijk materiële normen vrijwel niet ambtshalve worden gehandhaafd.<sup>9</sup> Deze materiële normen vallen vaak samen met het belang van een van de partijen, waarbij het verzoek tot handhaving van die norm in beginsel aan partijen kan en volgens de huidige leer ook moet worden overgelaten. Ook een burger die in een van zijn grondrechten beschermd wenst te worden, dient zelf om die bescherming te vragen.<sup>10</sup>

De Poorter en De Graaf hebben de beperkte toetsing aan materiële normen ter discussie gesteld in het rapport *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*.<sup>11</sup> Zij onderzoeken in dat rapport of de subjectivering van ons bestuursprocesrecht vraagt om een nieuwe door-denking van doel en functie van bestuursrechtspraak. De beroepsgronden, de vordering en het belang van eiser bepalen in toenemende mate wat de rechter in een zaak heeft te beoordelen en te beslissen. In het kader van het machts-evenwicht (zoals hiervoor besproken: een rechtsstatelijk beginsel!) vragen zij zich af of de bestuursrechter in dit stelsel nog wel over toereikende mogelijkheden beschikt om het bestuur effectief te controleren. Waar die functie van de rechter als tegenwicht tegen het openbaar bestuur vooral in beeld komt is waar het gaat om de bescherming van fundamentele mensenrechten, constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen. Op die punten moeten we wellicht in het systeem bepaalde voorzieningen inbouwen opdat de rechter ook voldoende in staat wordt gesteld die taak te vervullen.<sup>12</sup> Ambtshalve handhaving van fundamentele rechten zou een dergelijke voorziening zijn.

9 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 565; Verburg 2008, p. 133.

10 Hoewel ambtshalve handhaving van normen 'die zeer kwetsbare belangen beschermen' als een zeer uitzonderlijke mogelijkheid wordt gezien (in Schreuder-Vlasblom en Verburg onder verwijzing naar een ongepubliceerde uitspraak van de ABRvS van 13 mei 1996 en HvJ EG 27 juni 2000, *Nj 2000/730*), worden grond- en mensenrechten niet onder die noemer gebracht. Het zou kunnen zijn dat in vreemdelingenzaken waarin sprake is van een besluit van gelijke strekking en de rechter met toepassing van het ne-bis-in-idem-leerstuk in beginsel niet ingaat op de inhoudelijke zaak, de zogeheten Bahaddar-toets een uitdrukking is van zo'n ambtshalve bescherming van zeer kwetsbare belangen, maar dat is in de rechtspraak nooit uitgesproken. Zie overweging 45 van het arrest van het EHRM van 19 februari 1998, *IJN: AG8817* en *JV 1998/45 (Bahaddar/Nederland)*. Die overweging 45 houdt in dat over het algemeen een mogelijke schending van art. 3 EVRM in het land van herkomst niet in de weg staat aan de nationale procesrechtelijke regel dat tijdig moet worden opgekomen tegen een dreigende uitzetting naar het desbetreffende land, maar dat onder bijzondere omstandigheden die nationale procesrechtelijke regel moet wijken voor de belangen die het EVRM beoogt te beschermen. Die bijzondere omstandigheden zijn dan vooral gelegen in de mogelijkheid voor betrokkene om tijdig bewijs te vergaren voor zijn asielaanspraak, zeker indien hij dat bewijs moet verkrijgen uit het land waaruit hij is gevlucht. Gewaarborgd moet zijn dat betrokkene een reële kans heeft zijn asielaanspraak van bewijs te voorzien.

11 J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst* (Raad van State, Studies en rapporten - 3), Den Haag: Raad van State 2011 (hierna: De Poorter en De Graaf 2011).

12 De Poorter en De Graaf 2011, p. 72.

Hoewel wij handhaving van grondrechten in beginsel zien als een belang dat aan partijen kan worden toevertrouwd, omdat het gaat om hun grondrechten, achten wij uitzonderingen op dat uitgangspunt nodig. Sommige rechten, zoals het recht op leven en het recht om gevrijwaard te zijn van marteling en onmenselijke behandeling, vormen absolute mensenrechten waarop in een rechtsstaat geen beperkingen zijn toegestaan. Vermoedt een rechter dat deze absolute fundamentele rechten door het besluit kunnen worden geschonden, dan vergt een rechtsstaat dat deze schending wordt voorkomen. Ambtshalve toetsing aan art. 2 en 3 EVRM ligt dan ook in de rede. Hier past wel de kanttekening dat zo'n zaak zich vrijwel nooit zal voordoen, om de eenvoudige reden dat als deze normen in gevaar komen, eiser dat feitelijk altijd in beroep naar voren brengt.

Bovenstaande analyse staat deels los van de bijdrage van Jansen en Van der Leek en, toegegeven, dat gaat een reactie misschien te buiten. Toch hebben wij deze exercitie uitgeschreven, omdat een differentiatie in bepalingen die wel en bepalingen die niet ambtshalve gehandhaafd zouden moeten worden om een gestructureerd en samenhangend denk-raam vraagt. Deze analyse zet ons bovendien op het spoor van een andersoortige oplossing dan Jansen en Van der Leek voorstaan, maar wel met dezelfde wenselijke uitkomst. Dat werken wij in par. 6 uit.

In het artikel van Jansen en Van der Leek worden hier en daar argumenten genoemd, die wij niet in zo'n door ons voorgestaan denk-raam vinden passen. Aan het einde van hun par. 1 expliciteren de auteurs de leidraad die zij hantieren voor hun onderverdeling in wel en niet ambtshalve te handhaven aspecten. Die leidraad wordt gevonden in de gedachte dat bestuursrechtspraak draait om individuele finale geschilbeslechting. Dat is lastig. Die grondgedachte kan er hooguit toe leiden dat het uitgangspunt moet zijn: zeer terughoudende ambtshalve controle, want zo'n ambtshalve controle staat haaks op het uitgangspunt van ons stelsel.<sup>13</sup> De huidige hoofdregel voor een bestuursrechtelijke uitspraak is beslissen op de geschilpunten van partijen en ambtshalve toetsing is de uitzondering op die hoofdregel. Een hoofdregel zelf kan per definitie geen criterium vormen voor de uitzondering. Die leidraad geeft dus geen handvatten voor verdere differentiatie. Ambtshalve controle houdt verband met de wezenlijke grondbeginselen van de rechtsstaat (of rechtsorde). In par. 4 van het artikel van Jansen en Van der Leek worden diverse aspecten uitgesloten van ambtshalve controle, omdat dan de partijautonomie meer tot zijn recht komt. Wanneer je dat als een onderscheidend argument hanteert, lijkt je tot geen onderscheid meer te kunnen komen: partijautonomie en ambtshalve controle staan nu juist haaks op elkaar.

Nu wordt de essentie van de thans ambtshalve te handhaven bepalingen van openbare orde ook wel anders geformuleerd en wordt er minder direct een verband gelegd met de rechtsstaat. Zo kan je ook zeggen dat de bepalingen die

13 Zo ook Brugman 2010, p. 135.

'de formele hoofdstructuur van het bestuurs(proces)recht raken' ambtshalve moeten worden gehandhaafd.<sup>14</sup> Ook die definitie is, net als elk alternatief, lastig te operationaliseren. Daarbij komt echter dat de hoofdstructuur van het proces best overmorgen op een geheel andere wijze kan worden ingevuld. Alleen al in de afgelopen vijf jaar is die hoofdstructuur van het bestuursprocesrecht behoorlijk gewijzigd. Zo heeft de bestuursrechter, naast zijn toetsingsrol, er een zeer belangrijke taak tot finalisering bij gekregen. Hij moet zoeken naar een definitieve oplossing van het geschil. Om die oplossing mogelijk te maken, zijn veel zaken gewijzigd, zoals de aard en het verloop van de zitting, de bewijsvoering ten overstaan van de rechter en de ruimte in de rechterlijke mogelijkheden om zelf in de zaak te voorzien.<sup>15</sup> Gaan we daarmee dan ook heel andere bepalingen ambtshalve handhaven? En hoe verhoudt de hoofdstructuur zich tot het hoofddoel van het proces, namelijk individuele definitieve geschilbeslechting? Verlangt dat hoofddoel dan niet, zoals Jansen en Van der Leek bepleiten, dat aan de hoofdstructuur helemaal niet zo veel waarde wordt gehecht?

### 3. Toegang tot de rechter

De grootste groep ambtshalve te controleren onderwerpen valt naar de huidige stand van zaken onder de noemer 'toegang tot de rechter', die ook door Jansen en Van der Leek als de kern wordt gezien. Dat betreft de absolute en relatieve competentie (art. 8:1-8:9 Awb), inclusief de afbakening ten opzichte van de civiele (rest)rechter via vooral de grote B's (belanghebbende, art. 1:2 Awb, besluit, art. 1:3 Awb), het doorlopen van de verplichte voorprocedure, inclusief de onderdelentrechting (art. 6:13 Awb), het gezag van gewijsde van eerdere rechterlijke uitspraken (de zogeheten Brummelen-leer), de vraag of sprake is van een herhaalde aanvraag dan wel een besluit van gelijke strekking (art. 4:6 Awb/ne bis in idem), de beroepstermijn (art. 6:7-6:11 Awb), het betalen van griffierecht (art. 8:41 Awb) en naar de huidige stand van zaken ook de bezwaartermijn (zelfde bepalingen als hierboven genoemd bij de beroepstermijn), de vraag of betrokkene belanghebbende was bij het primaire besluit en de vraag of de primaire beslissing een besluit is.<sup>16</sup>

De vraag laat zich zinvol stellen waarom onder het kopje 'toegang tot de rechter' ook die kwesties thuishoren als bezwaartermijn, belanghebbendenschap bij het primaire besluit en het al of niet zijn van een 'besluit' van de primaire beslissing. Het antwoord naar de huidige stand van zaken is dat de rechter hier niet alleen kijkt naar de feitelijke toegang tot de rechter ('heeft betrokkene via de beslissing op bezwaar toegang gekregen tot de bestuursrechter?'), maar deze vraag in normatieve zin stelt ('had betrokkene via de

inhoudelijke beslissing op bezwaar toegang tot de rechter behoren te verkrijgen?').

Als je die normatieve opvatting over toegang tot de rechter aanvaardt, is er geen onderscheid tussen ambtshalve beoordeling door de rechter van de naleving van de beroepstermijn enerzijds en de ambtshalve toetsing door die rechter van de naleving van de bezwaartermijn anderzijds. Het artikel van Jansen en Van der Leek stelt dus eigenlijk deze normatieve opvatting van de 'toegang tot de rechter'-vraag ter discussie. Sterker, Jansen en Van der Leek stellen deze normatieve opvatting wel ter discussie bij de termijnbewaking van de bezwaarfase, maar niet op het punt van het al of niet besluit zijn van de primaire beslissing en evenmin op het punt van het al of niet belanghebbende zijn bij het primaire besluit. Hier dreigen we in de sfeer van de waterleiding, de afvoerput, het terras en de camelia te komen, terwijl het toch ging om de verbouwing van de erker, maar het is helaas een reëel probleem en geen poging de boel te vertroebelen met bijkomende problemen.

De normatieve opvatting van de 'toegang tot de rechter' kent wel gradaties. Omdat de bestuursrechter een beslissing op bezwaar altijd als 'besluit' opvat (een redenering die dus altijd in directe zin toegang tot de bestuursrechter oplevert), zou het passeren van de omstandigheid dat de primaire beslissing geen besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb is, een directe inbreuk op de bevoegdheid van de civiele rechter opleveren. Ook het passeren van niet-belanghebbendheid bij het primaire besluit betreft in feite de bevoegdheidsafbakening met de civiele rechter, maar daar is het al minder 'hard', omdat het bij een niet-belanghebbende vrijwel uitgesloten is dat hij voor de civiele rechter hard zou kunnen maken dat het besluit wel een inbreuk op enig subjectief recht vormt. In die beide kwesties speelt een rechtsstatelijk aspect (de door de wetgever gekozen verdeling van rechtsmacht tussen de bestuursrechter en de civiele restrechter) dat ambtshalve controle rechtvaardigt. Het passeren van een te laat bezwaar betreft gewoonweg niet de bevoegdheidsafbakening met de civiele rechter. Het bestuursorgaan dat inhoudelijk op het bezwaar beslist ondanks dat de bezwaartermijn is verstreken, geeft eigenlijk gewoon opnieuw toepassing aan zijn (primaire) bestuursbevoegdheid.<sup>17</sup> Als de bestuursrechter dan inhoudelijk op het geschil ingaat, speelt niet direct een rechtsstatelijk aspect, niet in de verhouding tussen bestuurs- en civiele rechter en, gelet op de keuze van het bestuur de niet-ontvankelijkheid van het bezwaar te passeren, ook niet in de verhouding tussen bestuur en rechter.

Het probleem van de waterleiding tot en met de camelia laat zich nog sterker voelen als we kijken naar de verhouding tussen het passeren van de overschrijding van de bezwaartermijn enerzijds en de kwesties rondom art. 4:6 Awb en het ne-bis-in-idem-beginsel anderzijds. Eerst de horror-

14 Brugman 2010, p. 71 met verwijzing naar Schueler, thans te vinden in: L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht* (4<sup>e</sup> druk), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 255.

15 Vgl. B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', *JBplus* 2012, p. 101-116 en Y.E. Schuurmans en D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', *JBplus* 2012, p. 117-138.

16 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 562-563.

17 Zuiver gezien levert dat dan een nieuw primair besluit op, maar in het kader van de proceseconomie ligt het in de rede om dat nieuwe besluit toch als een voor beroep vatbaar besluit aan te merken. Vgl. ABRVS 16 juli 2008, *JB* 2008/196, m.nt. C.L.G.F.H. A.

casus van Jansen en Van der Leek over de bezwaartermijn. Het bestuursorgaan passeert de termijnoverschrijding in bezwaar en gaat inhoudelijk in op het bezwaar. Daarna komt de bestuursrechter (in beroep of hoger beroep) en die gaat oordelen dat ten onrechte de termijnoverschrijding is gepasseerd, zodat de inhoudelijke beslissing wordt vernietigd en alsnog het bezwaar niet-ontvankelijk wordt verklaard. Laten we dat nu eens vergelijken met de kwesties rondom art. 4:6 Awb en ne bis in idem. Er komt een herhaalde aanvraag binnen zonder dat zich enige nieuwe feiten of omstandigheden voordoen. Het bestuursorgaan negeert dat (en dat mag, want art. 4:6 Awb is een kan-bepaling) en gaat inhoudelijk in op de aanvraag en vervolgens op het bezwaar; het bestuursorgaan komt wederom tot een afwijzing van de aanvraag (en handhaving daarvan in bezwaar). Dan stelt betrokkene beroep in bij de bestuursrechter. De bestuursrechter ziet vervolgens een 'besluit van gelijke strekking', namelijk een besluit op precies dezelfde feiten en omstandigheden met precies hetzelfde toepasselijke recht. *Los van de beantwoording van de vraag* of het bestuursorgaan art. 4:6 Awb heeft toegepast, zal de bestuursrechter dan het ne-bis-in-idem-beginsel toepassen: het staat de rechter niet vrij om nog eens inhoudelijk te toetsen dat wat al eens eerder aan de rechter kon worden voorgelegd. Dus ook als het bestuursorgaan inhoudelijk is ingegaan op het bezwaar, zal de bestuursrechter oordelen dat hij niet geroepen is nu inhoudelijk op het beroep in te gaan.<sup>18</sup> Jansen en Van der Leek proberen de ambtshalve handhaving van (art. 4:6 Awb en) het ne-bis-in-idem-beginsel overeind te houden, maar de ambtshalve handhaving van de overschrijding van de bezwaartermijn weg te nemen. Dat wringt. In beide gevallen is het bestuursorgaan inhoudelijk op het bezwaar ingegaan, maar kiest de bestuursrechter vervolgens naar de huidige stand van zaken voor de formele oplossing; bij het passeren van een te laat ingediend bezwaarschrift is dat een vernietiging, gevolgd door het alsnog niet-ontvankelijk verklaren van bezwaar; bij het besluit van gelijke strekking zonder nova of wijziging van recht, is dat het afzien van een inhoudelijke toetsing. Het valt met de door Jansen en Van der Leek gegeven motivering niet in te zien waarom de bestuursrechter zijn ambtshalve controle in het ene geval moet laten varen (overschrijding van de bezwaartermijn) en in het andere geval kan handhaven (ne-bis-in-idem-beginsel). Wij twijfelen overigens ook of er bij de ne-bis-in-idem-toets een rechtsstatelijk aspect valt aan te wijzen dat ambtshalve handhaving rechtvaardigt. Dat het leerstuk door de rechter zelf is ontwikkeld, zoals door Jansen en Van der Leek genoemd, is geen onderscheidend criterium. De taakverdeling tussen bestuurs- en civiele rechter speelt hier sowieso niet. De verhouding tussen bestuur en rechter levert ook geen probleem op. Het bestuur kiest er zelf voor om zijn bestuursbevoegdheid opnieuw aan te wenden en tot een rechtsvast-

stelling over te gaan. De omstandigheid dat een rechter dat besluit vervolgens inhoudelijk toetst, levert geen spanning op met het beginsel van machtenscheiding. Het beginsel van rechterlijke controle op het handelen van het bestuur pleit misschien zelfs eerder pro inhoudelijke toetsing dan contra. Wij laten het bij die twijfel, omdat wij ons concentreren op de toetsing in een volgende fase van een overschrijding van de termijn om een rechtsmiddel aan te wenden.

Ten slotte de verhouding tussen het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak en de overschrijding van de bezwaartermijn. In een rechterlijke uitspraak wordt een beroepsgrond uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen en wordt aan het bestuursorgaan, kennelijk omdat finale geschilbeslechting niet mogelijk is, de opdracht gegeven een nieuw besluit te nemen. In die tweede beslissing op bezwaar gaat het bestuursorgaan inhoudelijk in op alle bezwaargronden, ook op die bezwaargrond die volstrekt parallel loopt met de beroepsgrond die uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is verworpen in de eerste uitspraak, terwijl tegen die eerste uitspraak door niemand hoger beroep is ingesteld. Dan komt die tweede beslissing op bezwaar bij de bestuursrechter. Hij zal dan, uitgaande van het gezag van gewijsde van de eerste uitspraak, niet ingaan op die beroepsgrond die al in de eerste uitspraak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is verworpen.<sup>19</sup> Ook dat verdraagt zich maar moeilijk met het voorstel van Jansen en Van der Leek, waarbij de rechter wel inhoudelijk moet ingaan op de besluitvorming, ondanks overschrijdingen van de bezwaartermijn.

Ter verdediging van het standpunt van Jansen en Van der Leek kan worden gezegd dat het bewaken van het gezag van gewijsde van een *rechterlijke* uitspraak juist aan de rechter is opgedragen, terwijl het bestuur daar vrij spel heeft, althans voor zover het uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordeel van de rechter geen correctie van het standpunt van het bestuursorgaan is. Wordt tegen de nieuwe beslissing op bezwaar weer beroep ingesteld en zou de tweede rechter die tweede herbeoordeling inhoudelijk toetsen, dan bestaat het gevaar dat hij een ander rechtsoordeel geeft dan de eerste rechter. Dan val je wel over rechtsstatelijke beginselen. Correcties van rechterlijke oordelen heeft de wetgever opgedragen aan de hogerberoepsrechter en niet aan collega-rechters die in dezelfde eerste instantie oordelen. Het bewaken van het al of niet binnen de termijn bezwaar maken, is dan echter juist aan het bestuur opgedragen. Wij vinden het verschil in behandeling, zoals door Jansen en Van der Leek bepleit, op dit punt dus vanuit rechtsstatelijke overwegingen te verklaren, maar zien niet hoe zij met hun criterium van de partijautonomie die verklaring vinden. De spanning tussen een inhoudelijke beslissing van het bestuursorgaan enerzijds en de formele beslissing van de bestuursrechter anderzijds is zowel bij het ge-

18 Zie bijv. ABRvS 15 augustus 2008, JB 2008/160 en CRvB 31 december 2007, AB 2008/145, m.nt. A.T. Marseille. Uiteraard vindt wel een inhoudelijke rechterlijke toets plaats in geval van nieuwe feiten en omstandigheden, nieuw recht en in vreemdelingenzaken in het kader van de zogeheten 'Bahaddar-toets'.

19 ABRvS 6 augustus 2003, AB 2003/355, m.nt. RW en P.A. Willemsen en JB 2003/216, m.nt. C.L.G.F.H. A. en R.J.N. S. en CRvB 12 november 2003, JB 2004/30, m.nt. C.L.G.F.H. A. en R.J.N. S.

zag van gewijsde als het passeren van een te laat gemaakt bezwaar duidelijk aanwezig.

Onze conclusie is dat als we 'toegang tot de rechter' als kerncriterium nemen voor de ambtshalve controle, nieuwe problemen opdoemen bij de beantwoording van de vraag of passering van een te laat bezwaar door het bestuursorgaan in beroep buiten de ambtshalve beschouwing kan worden gelaten. De situatie waarin het bestuursorgaan zijn bestuursbevoegdheid aanwendt, maar de rechter geen inhoudelijk oordeel geeft over die besluitvorming, doet zich in meer gevallen voor. Differentiatie binnen deze gevallen vergt nadere bezinning en argumentatie.

#### 4. De verhouding tussen tweepartijgedingen en meerpartijgedingen

Jansen en Van der Leek vragen zich in hun par. 4.1, eerste alinea, af of de termijnbepalingen voor bezwaar en beroep 'regels van hogere orde' zijn en dus ook in hun systeem zouden behoren tot de ambtshalve controle. Bewaking van die termijnen behoort tot het rechtszekerheidsbeginsel en, zo vervolgen Jansen en Van der Leek, het rechtszekerheidsbeginsel valt niet onder de ambtshalve controle. Dat laatste is strikt genomen juist, maar het miskent ook waar het hier om gaat. Het subjectieve belang bij rechtszekerheid van een partij is een partijbelang en dat moet worden ingeroepen door de partij (lees: de burgerpartij) die daar belang bij heeft. Ambtshalve toetsing is daar niet op haar plaats. Als in het kader van rechtvaardiging van een ambtshalve toets het rechtszekerheidsbeginsel als argument wordt gebruikt, gaat het niet om zo'n subjectief belang, maar om een systeembelang.

De bezwaren tegen een inhoudelijke toets van een inhoudelijke beslissing op bezwaar, terwijl het bezwaarschrift eigenlijk te laat is ingediend, zien op de rechtszekerheid voor derde-belanghebbenden en de ordelijkheid van een rechtstelsel dat bestaat uit besluiten met erga-omnes-werking. Een bestuursapparaat in een complexe verzorgingsstaat kan alleen draaien als na ommekomst van een beperkte termijn van zes weken zekerheid en duidelijkheid bestaat over de rechtsgeldigheid van een besluit. De gebondenheid aan besluiten maakt het recht voorspelbaar en de overheid betrouwbaar. Die systemische rechtszekerheid vormt een belang dat direct door de beginselen van de rechtsstaat wordt gediend. Ook het legaliteitsbeginsel, de machtenscheiding en de rechterlijke controle moeten ervoor zorgen dat gezagsuitoefening voorspelbaar is en dat burgers aanspraak kunnen maken op handhaving van hun toekomstige rechten.

In geschillen tussen twee partijen legt die rechtszekerheid in abstracte zin echter weinig gewicht in de schaal. De burger, zoals in het geval van een uitkeringsgerechtigde, heeft zelf belang bij de herbeoordeling en daar tegenover staat alleen het algemeen belang, dat vraagt om beheersbare uitvoeringskosten. Doorgaans gaan wij ervan uit dat het bestuursorgaan dat algemeen belang prima weet te behartigen en vertegenwoordigen. Kan dan het bestuursorgaan zelf beoordelen of het in een concreet geval nog een keer

inhoudelijk wil nadenken over de in bezwaar opgeworpen kwesties, ook al is een bezwaartermijn reeds verstreken? Handhaving van de status quo, door een beroep te doen op het verstrijken van de bezwaartermijn, kan dan als een relevant belang – let wel: ter behartiging van het algemeen belang – van het bestuursorgaan worden gezien. Maar dat is dan wel het systemische belang, niet een subjectief belang. Daarop zal het bestuursorgaan dan zelf in procedures een beroep moeten doen. Datzelfde geldt als het bestuursorgaan in hoger beroep alsnog de niet-ontvankelijkheid van het beroep van eiser ter discussie wil stellen. In geschillen tussen twee partijen zien wij weinig bezwaren, ook niet van rechtsstatelijke aard, tegen het loslaten van de ambtshalve toetsing van de bezwaartermijn in (hoger) beroep en het loslaten van de ambtshalve beoordeling van de beroepstermijn in hoger beroep. Dat ligt anders in geschillen die ook de belangen van derden raken.

Jansen en Van der Leek zijn in hun par. 5 buitengewoon optimistisch over de situatie waarin belangen van derden spelen. Voelt een derde zich benadeeld door de inhoudelijke heroverweging in bezwaar, dan kan hij beroep instellen en bij de rechter aanvoeren dat het bestuursorgaan de overschrijding van de bezwaartermijn door de vingers heeft gezien. Laten we dan eerst eens kijken naar de kans dat iemand die in bezwaar respectievelijk beroep geen partij in het geding was, alsnog in beroep respectievelijk hoger beroep invoegt in de procedure.

In omgevingsrechtelijke kwesties wordt alleen de aanvraag verplicht gepubliceerd. Van derde-belanghebbenden wordt dan gevergd dat zij zich via *tricky* termijnbepalingen voor de besluitvorming, met vele uitzonderingen, en al helemaal voor de beroepsprocedure, die maar in geringe mate aan een uitspraaktermijn is gebonden, precies op tijd alsnog in een procedure kunnen voegen. Er bestaat geen wettelijke verplichting het besluit te publiceren (al doen veel bestuursorganen dat wel). Regelmatig komen derden er pas achter dat aan de buurman een omgevingsvergunning voor het oprichten van een bouwwerk (wat wij voorheen een bouwvergunning noemden dus) is verleend als de betonmolen al op volle toeren draait.

In andere gevallen kan iemand op inhoudelijke gronden maar weinig trek hebben om zich te voegen in een procedure. Een werknemer die zich als partij voegt in een arbeidsongeschiktheidszaak van zijn (voormalige) werkgever tegen het besluit van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen is als partij verplicht zich bijvoorbeeld te onderwerpen aan een medisch onderzoek. Op al of niet subjectieve gronden, maar in ieder geval in beginsel te respecteren gronden, heeft de werknemer daar misschien helemaal geen zin in. Misschien is hij ook gewoon tevreden met de uitkering die hem is toegekend. Moet hij zich dan maar voegen in die procedure om de ontvankelijkheid van het bezwaar of beroep van zijn werkgever ter discussie te kunnen stellen?

De pijn van het loslaten van een ambtshalve handhaving van de kwestie van te laat bezwaar of te laat beroep in de

daaropvolgende fase, zit niet zozeer in die zaken waarin daadwerkelijk een derde optreedt. De derde-belanghebbende die in (hoger) beroep komt kan inderdaad in het geding brengen dat het bezwaar of beroep te laat was. We willen het niet graag nog complexer maken, maar terzijde merken we op dat zo'n derde-belanghebbende overigens wel zelf in (hoger) beroep moet komen; het is dan onvoldoende dat hij zich als derde-partij op basis van art. 8:26 Awb voegt in de zaak over het (hoger) beroep van een ander. Als je de termijnoverschrijding in de vorige fase als ambtshalve te controleren punt laat vallen, is het alsnog daarvan beoordeeld krijgen namelijk afhankelijk van de aangevoerde gronden. De derde-partij kan op basis van art. 8:69 lid 1 Awb niet de omvang van het geding bepalen en dus ook niet zelfstandig de ontvankelijkheid van het rechtsmiddel in de vorige fase aanvoeren.

De werkelijke pijn doet zich voelen in zaken waarin belangen van derden in *potentie* spelen. Juist daar zit de taak van de rechter om, los van de wil en kennis van de optredende partijen, die belangen van de 'achterblijvende' derden te bewaken. Het gaat ons te ver dat de derde-belanghebbende die er op materiële gronden voor kiest geen partij te worden of de derde-belanghebbende die van niets weet, de voordelen van deze ambtshalve controle te onthouden. Zelfs als zij van het geschil weten, is het de vraag of we het de potentieel betrokken derden moeten aandoen in het geding te stappen, alleen maar om de handhaving van de termijnen van rechtsmiddelen zeker te stellen. Dat zou een flinke procesdruk voor die potentieel betrokken derden opleveren en gepaard gaan met persoonlijke materiële en immateriële kosten (onzekerheid en stress). Ook de maatschappelijke kosten kunnen aanzienlijk zijn. Er moeten vrij kostbare procedures worden gevoerd om een bezwaartermijn te handhaven. Daartegenover staat dat, bij instandlating van de ambtshalve handhaving van de termijnen in de voorafgaande fase(n), betrokkene in veel gevallen gewoon nieuwe besluitvorming kan initiëren (tenminste in al die gevallen waarin de problematiek van de herhaalde aanvraag niet speelt).

Wij komen tot de conclusie dat in al die zaken waarin *potentieel* belangen van derden spelen, het passeren van een termijnoverschrijding in de voorafgaande fase(n) niet op zijn plaats is. Naast praktische bezwaren, spelen bezwaren van rechtsstatelijke aard, omdat de rechtszekerheid in abstracte zin dan te veel in het gedrang komt.

Als de bovenstaande discussie, inclusief deze paragraaf, er nu toe zou leiden dat de bestuursrechter in échte tweepartijgedingen wel de ambtshalve handhaving van de termijnoverschrijdingen in de voorafgaande fase(n) zou passeren en in potentiële meerpartijgedingen (dus inclusief die zaken waarin wel mogelijke belangen van derden aanwezig zijn, maar geen derden optreden) dergelijke overschrijdingen niet zou passeren, treedt weer een ander probleem op. De bestuursrechter komt dan in een merkwaardige positie: hij moet in de ene zaak een andere interpretatie van het recht huldigen dan in de andere zaak, terwijl het gaat om een oordeel over de toepassing van dezelfde wetsartikelen.

Als dat valt te rechtvaardigen, is dat prima, maar met het criterium van Jansen en Van der Leek gaat dat niet: recht is van hogere orde of is dat niet; dat hetzelfde recht in de ene zaak van hogere orde is en in de andere niet, valt lastig te verdedigen.<sup>20</sup>

## 5. Onderscheiden taken voor rechter in eerste aanleg en appelrechter

De titel van deze paragraaf klinkt heel neutraal, maar er zit een fors spanningsveld onder. Onze paragraaftitel had ook kunnen luiden 'Zijn eerste-aanlegrechter en hogerberoepsrechter elkaars gevangenen?' Zo! Zeg dan nog maar eens dat er geen spanning op staat.

Jansen en Van der Leek hanteren zoals gezegd de begrippen ambtshalve beoordeling en ambtshalve toetsing.<sup>21</sup> Als het gaat om toepassing van een bepaling over de eigen fase, dan spreken zij van beoordelen. Bezieet de rechter op eigen initiatief of het bestuursorgaan wettelijke regels goed heeft toegepast, dan is hij ambtshalve aan het toetsen. Jansen en Van der Leek stellen nu voor om bestuursorgaan en rechter primair voor de handhaving van het procesrecht in hun eigen rechtsbeschermingsfase verantwoordelijk te laten. De ambtshalve beoordeling houdt gewoonweg in dat het bestuursorgaan respectievelijk de rechter het dwingende recht in zijn eigen deel van de rechtsgang toepast. Dat blijft hun eigen verantwoordelijkheid. Richten partijen geen gronden tegen die procesbeslissingen, dan heeft de controlerende rechter geen taak om die procesbeslissingen te corrigeren. Dat uitgangspunt verwoorden zij bijzonder helder. Wat instanties ambtshalve hebben te beoordelen, hoeft door rechters in een volgende fase niet zonder meer ambtshalve te worden gecontroleerd. Als het op de termijnen aankomt, dan handhaaft elke instantie zijn eigen bezwaar-, beroeps- of appeltermijn.

Zoals hiervoor in par. 1 gezegd, reserveren wij de term 'ambtshalve toetsen' voor een rechterlijke controle op de rechtmatigheid van een besluit, daar waar Jansen en Van der Leek die term ook gebruiken voor de controle van de hogerberoepsrechter op de naleving van de beroepstermijn in de eerste-aanlegfase. Daarbij geldt onzes inziens dat als een bestuursrechter de keuze van een bestuursorgaan (in dit geval om inhoudelijk in te gaan op een niet-ontvankelijk bezwaar) corrigeert, dat in de Nederlandse verhoudingen een zwaardere inbreuk is dan wanneer de ene rechter, de hogerberoepsrechter, een andere rechter, de eerste-aanlegrechter, corrigeert (in dit geval in zijn beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep). Correcties binnen de rechterlijke fase behoren tot de gewone, soms risicovolle, aspecten van een beroepsgang, maar correcties door een bestuursrechter van bestuursoptreden vergen een ander type rechtvaardiging. Jansen en Van der Leek schakelen daar de overkoepelende vragen ('mag de ene fase iets vin-

<sup>20</sup> Overigens is dit een probleem dat optreedt bij onze opvatting en niet bij de opvatting van Jansen en Van der Leek. Zij bepleiten immers toepassing van dezelfde systematiek in twee- en meerpartijgedingen.

<sup>21</sup> Zij het dat zij die termen anders gebruiken dan gebruikelijk is; zie het einde van par. 1.



den van de vorige fase?') wel vrij gemakkelijk gelijk. Dit punt hoeft op zichzelf genomen niet zwaar te worden aanzet, maar er zijn wel gevolgen, zowel in principieel opzicht als in praktisch opzicht, die in dit verband aandacht behoeven.

Die visie van Jansen en Van der Leek over de verhouding hoger beroep – eerste aanleg botst in de eerste plaats met de opvatting over het hoger beroep zoals de Afdeling bestuursrechtspraak die aanhangt tegenover de opvatting over het hoger beroep zoals de andere bestuursrechtelijke colleges die aanhangen.<sup>22</sup> In de opvatting van de Afdeling bestuursrechtspraak beperkt de functie van het hoger beroep zich grosso modo tot fouten die in de eerste aanleg zijn gemaakt; de andere bestuursrechtelijke colleges zien die functie van het hoger beroep meer als een herkansing in volle omvang. De opvatting van Jansen en Van der Leek dat het partijen vrijstaat de ontvankelijkheidskwesies over het bezwaar voor het eerst in hoger beroep aan te voeren, gaat dus te ongeproblematiseerd voorbij aan die uiteenlopende opvattingen over de functie van het hoger beroep. Als de rechter de ambtshalve handhaving van de termijn in de voorafgaande fases loslaat en zich dus afhankelijk opstelt van de gronden die in (hoger) beroep worden aangevoerd, dan kan een (derde-)belanghebbende in de problemen komen bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Als er dan – let wel: in de visie van Jansen en Van der Leek – namelijk in eerste aanleg geen argumenten zijn aangevoerd over de ontvankelijkheid van het bezwaar, mag je dat niet meer in hoger beroep voor het eerst doen. De eerste-aanlegrechter heeft in die opvatting immers geen rechtsregels geschonden. Deze opvatting van Jansen en Van der Leek over wat er nog in hoger beroep kan worden aangevoerd door partijen loopt voor (derde-)belanghebbenden die zich op een laat moment op de overschrijding van de bezwaartermijn beroepen alleen goed af bij de zaken die bij de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de gerechtshoven spelen.

Dan praktisch. Stel dat de eerste-aanlegrechter in het dossier klip en klaar constateert dat het bezwaarschrift te laat is ingediend, zonder zichtbare verschoonbaarheid, terwijl het bestuursorgaan in zijn beslissing op bezwaar dit punt heeft gepasseerd en inhoudelijk op de bezwaren is ingegaan. Geen der partijen piept erover en dus, in de visie van Jansen en Van der Leek, passeert hij het punt en gaat inhoudelijk in op de tegen de beslissing op bezwaar aangevoerde beroepsgronden. Stel dat er tegen deze uitspraak van de rechtbank hoger beroep wordt ingesteld en de hogerberoepsrechter wil ambtshalve toetsing van de bezwaartermijn niet loslaten. Het bezwaar wordt dan dus, met vernietiging van zowel de eerste-aanleguitspraak als de beslissing op bezwaar, niet-ontvankelijk verklaard. Dan komen we alsnog in het horrorscenario van Jansen en Van der Leek, zoals geschetst aan het begin van hun artikel. En moet dan de eerste-aanlegrechter het ontvankelijkheidsprobleem in

bezwaar '*that is staring him in the face*' passeren om één of twee jaar later zo'n uitspraak van de hogerberoepsrechter te riskeren? Of andersom. Stel dat de eerste-aanlegrechter niet de ambtshalve toetsing van de bezwaartermijn wil loslaten en dus ambtshalve ingaat op het ontvankelijkheidsprobleem van het bezwaar. Moet dan de hogerberoepsrechter dat corrigeren, omdat niemand er in eerste aanleg een punt van maakte (waarbij waarschijnlijk geldt dat als de eerste-aanlegrechter er zelf een punt van maakt, partijen in hoger beroep, als ze daar belang bij hebben, dit punt alsnog ook als hun eigen standpunt zullen opvoeren)?

Het hierboven geschetste praktische punt is uiteindelijk geen bezwaar tegen de visie van Jansen en Van der Leek, maar het wil wel zeggen dat dit project alleen kan slagen als alle bestuursrechters hierover hetzelfde gaan denken.

## 6. Eindbeschouwing met een constructieve bijdrage: wat dan wel?

Hebben we dan alleen maar kritiek en vertellen we alleen maar wat er allemaal niet kan? Soms is de wens om iets hogers te bereiken een goede reden om nog eens te overdenken of de vertrouwde woning van de ambtshalve toetsing nog adequaat is. Die wens komt voort uit het uitgangspunt dat de bestuursrechtspraak niet burgers voor de voeten moet lopen bij het halen van hun recht daar waar dat niet nodig is. Het gaat dus om de noodzaak van de ambtshalve controle. Die noodzaak stellen ook Jansen en Van der Leek aan de orde, maar het door hen geïntroduceerde criterium 'recht van hogere orde' loopt op verschillende, hierboven besproken, punten spaak.

Wij hebben op zichzelf geen moeite met het criterium 'regels van openbare orde'. Dat begrip, hoewel het weinig onderscheidend is, is enigszins geoperationaliseerd door het te omschrijven als 'regels die de kern van de rechtsorde raken en waarvan de bescherming, los van de wil en kennis van partijen, juist aan de rechter is opgedragen'. In het verleden zijn enige aspecten van het recht opgedoken die weliswaar heel belangrijk zijn in de rechtsorde, maar die in de rechtspraak uiteindelijk zijn afgevallen om in aanmerking te komen voor ambtshalve controle om de eenvoudige reden dat zij te dicht aanliggen tegen partijbelangen. De ruimtelijke-ordeningskamer van de Afdeling bestuursrechtspraak toetste ooit ambtshalve of er wel een verplichte milieu-effectrapportage was uitgevoerd, omdat zo'n rapportage door het Europese recht verplicht was gesteld. Dat is verlaten. Als partijen dat van belang vinden, moeten ze dat maar aanvoeren. We vinden het in de bestuursrechtspraak heel belangrijk dat in bezwaar een hoorzitting wordt gehouden, maar als betrokkenen er geen probleem mee hebben dat daarvan is afgezien, maakt de bestuursrechter daar ook geen probleem van. Essentiële materiële normen, ook als het gaat om fundamentele rechten of grondrechten, worden in de literatuur verdedigd als ambtshalve te toetsen elementen, maar de rechtspraak vaart een andere koers. Op dat laatste punt vinden wij wel dat een herbezinning nodig is, maar de stand van de jurisprudentie is wat hij is.

22 B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, hfdst. 4.



In dat licht is dus duidelijk dat via het element 'partijbelang' zinvol valt te differentiëren. Er zijn heel veel elementen die de bestuursrechter wel zeer belangrijk of zelfs essentieel vindt, maar waarbij hij toch een ambtshalve controle achterwege laat om de eenvoudige reden dat zij te dicht aanliggen tegen partijbelangen. Als partijen er last van hebben, moeten zij dat maar aanvoeren. Als zij er geen last van hebben, gaat de bestuursrechter er ook niet ambtshalve op in. En daar kunnen we wellicht de erker verbouwen zonder ons in te laten met de problemen van de waterleiding, de afvoerput, het terras en de camelia. In strikte tweepartijengedingen ligt de ontvankelijkheid van het bezwaar in de beroepsfase en de ontvankelijkheid van het beroep in de hogerberoepsfase gewoon te dicht aan tegen bezwaar en het belang van het bestuursorgaan om het algemeen belang te dienen. De inhoudelijke herbeoordeling gaat ten koste van zijn tijd en kas, maar levert geen grote andere maatschappelijke problemen op. Als dat bestuursorgaan in beroep respectievelijk hoger beroep de niet-ontvankelijkheid van het bezwaar en beroep niet inroept, kan de bestuursrechter het laten liggen.

In potentiële meerpartijengedingen is er voor de bestuursrechter wel een overstijgend belang om de ontvankelijkheid van het bezwaar te toetsen in de beroepsfase en de ontvankelijkheid van het beroep te beoordelen en de ontvankelijkheid van het bezwaar te toetsen in de hogerberoepsfase. Dat belang overstijgt de wil en kennis van de (soms toevalligerwijs in het geding in rechte optredende) partijen. Dat belang wordt gevormd door de meer abstracte, systemische rechtszekerheid en de daarmee samenhangende rechtsstatelijke aspecten van legaliteit, machtenscheiding en rechterlijke controle; deze aspecten maken namelijk de machtsuitoefening door de overheid voorspelbaar.

Staat deze benadering, uitgaande van de verhouding tussen ambtshalve controle enerzijds en partijbelang anderzijds, gedifferentieerd naar echte tweepartijengedingen en potentiële meerpartijengedingen, dan in een goede verhouding tot de hierboven besproken kwesties van art. 4:6 Awb/ne-bis-in-idem-beginsel en het gezag van gewijsde? Dat leent zich, zo moeten wij toegeven, voor uiteenlopende appreciaties. Onze appreciatie is deze. In beide laatstgenoemde kwesties heeft het bestuursorgaan een bepaalde keuze gemaakt (namelijk om inhoudelijk op een herhaalde aanvraag in te gaan terwijl er geen nova zijn en om bezwaren/beroepsgronden die al uitdrukkelijk en zonder voorbehoud door een rechter zijn verworpen, toch inhoudelijk te bespreken) en respecteert de rechter dat vrije domein van het bestuursorgaan door geen inhoudelijke toets te plegen. In echte tweepartijengedingen waarin het bestuursorgaan ondanks een termijnoverschrijding in bezwaar kiest voor een inhoudelijke behandeling, respecteert de bestuursrechter in onze visie ook die keuze. Dat betekent in dat laatste geval weliswaar dat hij juist wel inhoudelijk ingaat op de beroepsgronden, anders dan bij de ne-bis-in-idem- en gezag-van-gewijsde-kwesties. Dit is in zoverre logisch dat de vrije keuze van het bestuursorgaan verschillende gevolgen heeft voor de rechterlijke verantwoordelijkheid. Het leerstuk van

gezag van gewijsde betreft in ieder geval een rechtsstatelijk aspect, namelijk de kwestie of de rechter in de 'tweede ronde' (bij zijn oordeel over de tweede beslissing op bezwaar) mag doen wat door de wetgever eigenlijk is opgedragen aan de hogerberoepsrechter in de 'eerste ronde' (dus bij een hoger beroep ingesteld tegen de eerste uitspraak van de eerste-aanlegrechter). Bij de ne-bis-in-idem-toets is het voor ons veel minder duidelijk of daar rechtsstatelijke aspecten een rol spelen, maar, zoals gezegd, laten we dat in dit artikel rusten. De keuze van het bestuursorgaan om inhoudelijk op een niet-ontvankelijk bezwaar in te gaan, raakt in die zin rechtsstatelijke aspecten dat die keuze de systemische rechtszekerheid onder druk zet. In tweepartijengedingen kan de ontvankelijkheid van het bezwaar evenwel als een aan het bestuursorgaan toevertrouwd belang worden gezien, waar het zelf een beroep op kan doen. Bij potentiële meerpartijengedingen is het aan de rechter om, los van de wil en kennis van partijen, de 'achterblijvende' derden te beschermen. Als de bestuursrechter daarvan afziet, komt de rechtszekerheid in meer abstracte zin te veel in het gedrang.

Dus langs vele omzwervingen komen ook wij tot de conclusie dat er aanleiding is om de vertrouwde woning van de nu bestaande ambtshalve toetsing/beoordeling te verlaten en te streven naar hoger honing.